

故意の意的要素の必要性

大 庭 沙 織

- I 問題の所在
- II 現実の心理状態としての意的要素
 - 1 知的要素と意的要素の相関関係
 - 2 現実の心理状態としての意図を顧慮する必要性
- III 規範化された意的要素
 - 1 行為内在的な意的要素
 - 2 行為に内在する決意に対する非難
- IV 意的要素の認定論上の意義
 - 1 事実の総合考慮による故意の判定
 - 2 判例が故意の認定において考慮する事実
 - 3 検 討
- V 犯罪実現の認識としての故意の定義方法
 - 1 ディスポジションとしての故意
 - 2 指標の列挙による故意概念の代替における問題点
 - 3 現実の心理状態としての故意定義の必要性
- VI 結 語

I 問題の所在

故意の本質については、犯罪実現の高度の可能性の認識を要求する蓋然性説と、故意としては犯罪実現の可能性の認識だけでは足りず、犯罪実現に対する認容という情緒的な心理状態も要求する認容説とが対立してきた。そし

て、両説が事案の解決においてほとんど異なるところがないことは従来指摘されてきたところである。というのも、犯罪実現の可能性が高いことを認識している場合、そのような認識のもとで行為を行った以上、犯罪実現を認容し、犯罪実現へと決意していたと考えられ、いずれの説に立っても故意が認められるからである。それでもなお、故意概念は統一されることなく、その定義をめぐるいくつかの学説が主張されている。また、後述するように、判例はその文面から見ると、認容をも故意を認めるために要求しているように理解されるものの、実際には、犯罪実現の可能性の認識の有無が故意の存否⁽¹⁾にとって決定的であるとしているとみられる判例も多く存在する。

そのような中で、故意とは何かをいかに明確に説明するかという問題は、特に裁判員裁判との関係で、解決が急がれるべき状況にある。故意が認められるか否かは、通常の犯罪では有罪か無罪かを決するものであり、過失犯処罰の規定が設けられている場合でも故意犯と過失犯とでは刑の重さが大きく異なる。そのため、裁判において故意の存否は非常に重要な争点である。「故意とは何か」が裁判員に対して明確に説明され、適切に故意の判定がなされなければならない。しかし、故意に認容という要素を要求するように説明する学説および判例の現状は、裁判員裁判において混乱を招くように思われる。というのも、認容を要求しているようであって、実際に重視しているのは、犯罪実現の認識の有無であるように見えるからである。司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年）14頁も、『『人が死ぬ危険性の高い行為をそのような行為であるとなかって行った』と認めることができれば、殺意と法的に評価し得る心理状態があると』認められると説明するのが適当であるとしている。しかし、それならば、なぜ多くの判決文において「認容」という文言を書く必要があるのだろうか。

意的要素（以下、情緒的要素ともいわれる認容などの心理状態を含む）を要求する見解は、犯罪実現に向けられた意思が必要であるとする意思説の流れを汲み、故意を認めるためには、犯罪実現の可能性の認識の他に、認容な

どの一定の心理状態を要求する。意的要素が行為者のいかなる心理状態として定義されるかは論者によって様々であるが、現在では狭義の意図に故意を限定する立場を採る者はなく、行為者が犯罪実現を認容したことを要求する論者が多数である。

わが国の判例も、故意の存否を判定する際、行為者に「認識、認容」があることを問題としており、一見、犯罪実現の認識だけではなく「認容」という心理状態も故意の要素としているように見える。⁽²⁾けれども、この「認容」が、犯罪実現の可能性の認識と同様に行為者の現実の心理状態として実際に要求されているかは疑問である。⁽³⁾実際、判例を概観してみると、認識の有無について具体的で詳細な説明がなされたあと、「認識、認容があると認められる」という形で「認容」という語句が判決文中に登場し、認容の有無を認識の有無と別の問題としてはいない判例が多いように思われる。⁽⁴⁾もちろん、判例の中には、認容に当たる行為者の心理状態を、結果が発生しても「やむをえない」⁽⁵⁾とか「構わない」⁽⁶⁾と表現したものもある。しかし、このように表現された心理状態も、行為の客観的な危険性や犯罪実現の認識と別に認定されているわけではないことが指摘できる。「認容」に当たる心理状態を裁判所が考慮しているように見えても、その認定の仕方を見ると、実際には、行為者の心理状態として認識以上の何かを要求しているとは思われないのである。たとえば、福岡高判昭和45年5月16日（判例時報621号106頁）⁽⁷⁾は、被告人は人の死傷という結果発生を避けたいと思っていたことを認定しつつも、人の死を生じさせる高い危険を認識しつつ行為したということから認容の存在を認めている。これは、自己の勤務先の病院に放火しようとした被告人が、入院患者を避難させようと試みたものの、入院患者らのほとんどが戸外に出ようとはせず、被告人自身も放火前に避難状況を確認することなく放火し、死傷者を出したという事案である。被告人は、入院患者らに死傷の結果が生じることは避けたいと思って入院患者らを戸外に出そうと努力しており、放火後、入院患者の救助に向かっていたということから考えると、

入院患者を死なせることを認容していなかったようにも思われる。しかし、裁判所は、被告人が死傷の結果を生じさせる可能性を認識しつつ「多量のガソリンをまいて点火するという危険性の高い方法で放火している」ことから、「被告人は死傷の結果の発生を認容した」として、殺人および傷害の未必の故意を認めたのである⁽⁸⁾。このような裁判所の故意の認定に対しては、「認容は内心上の心理状態としての要件としては機能していない」との指摘がなされている⁽⁹⁾。

認容が故意の要件として機能していないのでは、認容説の要求する認容と認識とが実質的には同じであるということになってしまい、認識に加えて認容を要求する意味がない。元来の認容説は、認識とは異なる心理状態として認容を位置づけていたであろう。そこでは、たとえば、人に向けてけん銃を発砲するとき、人に命中して死なせる可能性がどの程度かを認識したことだけではなく、さらに、人に命中して死なせることが行為者自身にとってどのようなもの（実現してほしい、実現してほしくない、どうでもよいなど）と価値判断を下したかが要求されるはずである。

一口に「認容」といっても、その意味はさまざまであり、「実現してほしい」「実現することが望ましい」という積極的認容から、「実現しても仕方ない」「どうでもよい」という消極的認容まで含まれる。認識のほかに認容を要求し、それが故意にとって決定的であるとするならば、上記福岡高判昭和45年5月16日の行為者のように犯罪結果が実現しては困る、実現してほしくないと思っている場合には故意は認められないはずであり、故意犯の成立範囲が狭くなる。そして、故意犯の成立範囲が狭くなりすぎないように「認容」の意味を広く解そうとすると、認容を認識とは別の心理状態として要求する意味が事実上失われ、故意の判定においては犯罪実現の可能性の認識の有無が重視されることになる。ここでは、認容はもはや故意を認める基準とはならず形骸化する。

それならば、もはや認容という意的要素は放棄して、犯罪実現の認識のみ

を故意とすれば良いように思われる。故意の判定において実際に重視しているのは犯罪実現の認識であるのに、犯罪実現の認識だけでは足りず認容という心理状態も必要であるとする主張は、故意概念の理解を混乱させる。犯罪実現の可能性を単に認識した以上はすべて故意を認めるという帰結は故意犯成立範囲が広すぎて不当であるというのなら、蓋然性説を採り、蓋然性の認識として要求される認識内容を検討すべきではないだろうか。

しかし、蓋然性説に対しては、行為者が犯罪実現を意図していながら、その可能性を低くしか認識していない場合に故意を認めることができないのは不当であるとの批判が、意的要素を要求する立場から向けられている。たとえば、行為者が、被害者が放置された飲み物を飲むかどうか確実ではないし、もしかしたら飲まないかもしれないと思いつつも、被害者を殺害したいと強く思うがゆえに飲み物に毒を入れて放置した場合、行為者は被害者が死ぬ可能性を高いとは認識していないが、被害者を殺害するという犯罪実現へ強い意図が向けられていたことに鑑みると、殺人の故意を認めるべきではないかと指摘されるのである。このような指摘がなされる以上、蓋然性説を採ることは妥当でないと思われるかもしれない。けれども、蓋然性説の妥当性以前に、行為者に犯罪実現に向けた積極的な意思があるから故意を認めるべきだという指摘は本当に正しいのだろうか。

そこで、本稿では、意的要素の必要性について検討する。まず、Ⅱでは、行為者の現実の心理状態としての意的要素の必要性について検討し、Ⅲでは、意的要素を規範的に理解する見解の中で意的要素にどのような意義が認められているのか、そして、その意義は意的要素を要求する根拠となりうるのかについて、Ⅳでは、故意の認定において意的要素を要求する意義があるのかについて検討する。そして、Ⅴでは、Ⅳまでの検討を受けて、故意概念をどのように定義すべきかを示したい。わが国の判例および学説とともに、わが国と同様の議論状況にあり、また、故意の規範化が自覚的に論じられているドイツの判例および学説を参考に論じていくこととする。

故意とは何かをいかなる観点から検討するかは、故意犯が重く処罰される理由をどのように理解するか、故意がいかなる機能を有するかによるものと思われる。故意犯が重く処罰される理由や故意の機能については他日改めて詳しく論じたいが、本稿がいかなる観点から故意の検討を進めるかについては、ここで簡単にことわっておきたい。故意犯が重く処罰される理由としては、犯罪実現を認識していたのに行為をやめなかったことに対する非難が過失犯に対する非難よりも強いこと⁽¹¹⁾、行為者が自らそのような行為を選択した以上はその責任を負うべきこと⁽¹²⁾、そのような行為者の態度には法益に対する侵害性が強く認められ、それだけ特別予防の必要性が強いこと⁽¹³⁾などが認められるところである。非難や予防の効果が十分に発揮されるためには、責任を負わされ刑を科される側がそれに納得することが必要であるように思われる。そして、刑法は、一般市民を名宛人とし、犯罪が実現しそうならばその行為をするなという命令を向け、それに背いた場合には重く処罰するというメッセージを発している。そこで、本稿は、故意犯の重い処罰に対する被告人の納得可能性を担保するという観点、および、行為をやめるきっかけとなるべき心理状態を刑法の名宛人に示すべきであるという観点から検討を進めていきたい。

なお、本稿でいう「規範化」とは、客観的に存在する事実から、「このような事実があれば、故意（または、認識や認容）という心理状態があったと認められる」と言えるかという規範的評価によって故意や認識、認容を捉えることを指す。たとえば、被害者の死に対する認容が問題とされる場合、従来は行為者が実際に死の結果発生を認容していたか否かが問題とされていた。しかし、認容を規範化する立場からは、「ナイフで腹を刺す」「被害者が死ぬ可能性が高いと分かっていた」という事実の存在から「行為者は犯罪実現を認容していた」と認められるか否かが問題とされる。

Ⅱ 現実の心理状態としての意的要素

1 知的要素と意的要素の相関関係

認識説はもちろん、意思説を基本とする見解も、犯罪実現の可能性についての認識を要求することには変わりはない。Ⅰで述べたように、故意犯成立範囲が狭くなりすぎないように認容に含まれる心理状態を拡大し、その結果、認容という要素が形骸化してしまうならば、故意は犯罪実現の認識と定義すれば足りるように思われる。蓋然性説のように、故意にとって必要な、行為者の認識の内容とは何かを追究すればよいのではないだろうか。しかし、意的要素を要求しない蓋然性説に対しては、行為者が認識した犯罪実現の可能性が蓋然的でなくても、意図がある場合には故意を認めるべきだという批判が向けられる。この批判は果たして適切なのだろうか。本章では、この批判の克服を試みる相関関係説を参考に、認容や意図などの意的要素を行為者の現実の心理状態として要求する必要があるか検討する。

相関関係説は、⁽¹⁴⁾「犯罪実現の蓋然性の認識」とか「犯罪実現の認容」といったように故意をある一つの心理状態として定義することはせず、知的要素と意的要素によって相関的に形成された心理状態が故意に相当するものであれば故意を認める。そこでは、知的要素は、犯罪実現の確実性の認識、蓋然性の認識、単なる可能性の認識、極めて低い可能性の認識など、意的要素は、意図、望ましいという感情（積極的認容）、甘受すること（消極的認容）、無関心、好ましくないという否定的感情など、その発現の仕方によってそれぞれの要素内で等級づけられる。そして、ある等級の知的要素とある等級の意的要素の組み合わせのうち、どの組み合わせまでを故意とするかが問題とされるのである。そして、一方の要素が弱くしか発現しなかったとしても、他方の要素が強く発現していれば故意が認められ、知的要素と意的要素とが補完し合う関係にある。⁽¹⁵⁾そのため、たとえば行為者は犯罪実現について「どうでもよい」とか「仕方がない」としか思っておらず意的要素が弱く

しか発現していなくても、犯罪実現の蓋然性を認識しており知的要素が強く発現していれば、故意を認めることができる。反対に、行為者が認識した犯罪実現の可能性が低く知的要素の発現が弱くても、犯罪実現への意図があり意的要素の発現が強ければ、これもまた故意を認めることができる。相関関係説は、未必の故意と認識ある過失の区別において故意を認めるべきだと主張される全ての形態を故意として矛盾なく説明することを試みるものといえる。

相関関係説は、認容のような意的要素としての心理状態と知的要素としての犯罪実現の可能性の認識とを相関的に捉えて、妥当な結論を導こうとするものである。そのため、たとえば、行為者が犯罪実現の高い可能性を認識しながら、犯罪実現を望ましくないと思っていた場合に、妥当な結論を得るために認容概念が無理に拡張されることもなく、犯罪実現を望ましくないと思っていたという心理状態がそのままに考慮される。

2 現実の心理状態としての意図を顧慮する必要性

相関関係説においては知的要素も意的要素も故意の要素として認められている。そこでは、知的要素が意的要素の存在を徴表するという機能だけを負うのではなく独自の意義が認められている。さらにいえば、意的要素と知的要素とが同等に重視されるというよりは、実際には、意的要素は知的要素の発現の弱さを補うためにのみ考慮されているように思われる。たとえば、Haft は、知的要素を「確実性の認識」「極めて高い蓋然性の認識」「圧倒的な蓋然性の認識」「蓋然性の認識」「可能性の認識」「極めて低い可能性の認識」「不可能性の認識」に分け、「可能性の認識」以上の等級の認識がある場合には、「望ましい」「受け入れられる」「どうでもよい」「望ましくない」などの意的要素の発現の強弱如何にかかわらず故意を認めている。Haft が意的要素の発現を重視して故意を認めるのは、実際には、知的要素としては「極めて低い可能性の認識」しかないが、「望ましい」という行為者の評価

（Haft による等級分けで、意的要素の最も高い等級に当たる）がある場合のみである。⁽¹⁷⁾

このように、Haft の見解においては、意的要素の発現の弱さは、知的要素の発現が一定程度以上に強ければ、いわば無視されて故意が認められるのに対し、知的要素の発現の弱さは故意の否定にとって決定的である。知的要素の発現の弱さは、故意を認めるに必要な行為者の心理状態の「悪さ」（責任非難の強さ）を減じ、故意を根拠づけることによってマイナス要因になるのに対して、意的要素の発現の弱さは、行為者が犯罪実現の高い可能性を認識した以上、それに伴う行為者の心理状態の「悪さ」を減じない。意的要素は、知的要素の発現が弱いときに「悪さ」を付け加えるという形でしか、故意の存否に影響を与えないのである。

しかし、刑法が重視するのが行為者の心情の善し悪しではなく法益侵害的な態度であるということを Haft が認めていることからすれば、知的要素を重視して意的要素は補完的にしか着目しないのは当然であり、妥当な方向であると思われる。たとえば、以下の 2 つの事例を考えたときに、両事例の間で故意犯成立について結論を異にすべきであろうか。古物商が、深夜、身許のわからない者から宝石を買い受けた際、その者は非常に焦った様子で挙動不審であったため、「もしや盗品ではないか」と思ったが、古物商は、（i）盗品を購入して、それをネタにゆすろうと思い、「ぜひ盗品を買い受けたい、この宝石が盗品であってほしい」と盗品を買い受けようという強い意図を持って買い受けたという事例と、（ii）その宝石が高価な物だったため、「高価な宝石はぜひ買い受けたい、もし盗品であつたら困るけれど」とその宝石を買い受けようという強い意図をもって買い受けたという事例である。（ii）の古物商の意図は、厳密に言えば、「この宝石を買い受けたい」との意図であって、「盗品を買い受けたい」という盗品等有償譲受罪の実現に直接向けられた意図ではない。もし、犯罪実現の意図があれば低い可能性の認識しかなくとも故意を認めるべきであるという根拠を、犯罪を実現する違法な

行為と行為者の内心との強い結びつきに求めるならば、(i)の古物商には盗品等有償譲受の故意が認められるが、あくまで宝石を買い受けたのであって盗品を買い受けたわけではない(ii)の古物商には認められないであろう。しかし、古物商の意図が向けられた先が、「盗品の買い受け」であれ、「高価な宝石の買い受け」であれ、「盗品かもしれない疑いがある宝石を買い受ける」という認識とその宝石の買い受けに向けられた意思をもって買い受け行為に出る点ではまったく同じであり、法益侵害の点に差異はない。「盗品」と「高価な宝石」とどちらに行為者の主眼が置かれているかは、客観面と切り離された、完全に行行為者の内心のみにおける事情である。法益保護の観点からすれば、行為者が危険な行為をそれと知りつつ行っている以上、行為者の情緒的評価や意図如何にかかわらず、法は行為者に対してその行為を止めるようメッセージを向けるべきであり、そのメッセージに反して行為した者は故意犯として重く処罰されて然るべきである。もっとも、法益保護の観点を徹底すると、法益侵害を是とする感情を刑法によって否定する方向へ向かうことも考えられるが、刑法が処罰の対象とするのは行為者の心情ではなく、あくまでも行為だとする以上は、心情そのものに価値を認めるべきではない。⁽¹⁹⁾ 刑法にとって重要なのは法益侵害行為を止めさせることであるから、同じことを認識して同じ行為を行ったのであれば、等しく非難されるべきである。心情の「悪さ」を理由として、故意と過失の間に存在するほどの大きな差を認めることは妥当でない。

そして、行為者としては犯罪実現の可能性を低くしか見積もっていない場合には、意的要素が決定的な役割を果たすというのも疑わしい。行為者が低い可能性しか認識していない場合、そのような認識の弱さを補完して、故意責任を負うに相応しい心理状態があると評価できるほどの「悪さ」が、行為者の意図や積極的認容という心理状態に認められるか疑問である。というのも、行為者の意思や感情は、認識の存在を前提として形成されるのであり、その認識如何によって影響を受けると考えられるからである。⁽²⁰⁾ 一見、犯罪実

現に対する認容などの悪しき心情が非難の程度を強めるように見えるかもしれないが、実際に非難の程度を強めるのは、悪しき心情形成の基礎に置かれた犯罪実現の認識の存在であるように思われる。行為者は、犯罪実現の可能性が高いと思っている場合には、犯罪が実現してもよいかどうか真摯に評価するかもしれないが、可能性が低いと思っている場合には、その評価が甘くなり、認容が「悪さ」を示すとはいえないということが考えられる。犯罪実現の高い可能性の認識を前提とする認容と、犯罪実現の低い可能性の認識を前提とする認容とでは、「悪さ」の重みが異なるのではないだろうか。認識と切り離して、意思や感情の「悪さ」のみを評価することは妥当でない。犯罪実現の低い可能性の認識しかない場合には、意的要素の「悪さ」も知的要素の弱さに応じて減退する可能性があるのもあって、知的要素の弱さを補完するものとしての価値を見出すことはできないだろう。

Ⅲ 規範化された意的要素

1 行為内在的な意的要素

意的要素を要求しつつも、行為者の内心に存在する心理状態そのものとしては捉えず、犯罪実現を認識しながら行われた行為に内在するものとして捉える見解がある。ここでは、意的要素の存在は、犯罪実現の認識の存在と、行為者が意識的に危険な行為を行ったことによって導かれる。ここでは、意的要素は行為者の内心に存在する事実的な要素ではなく、主観的事実と客観的事実とを総合的に規範的観点から評価した結果認められるものとされる。従来の意思説や認容説など、認識や行為とは別個独立の心理的事実として意的要素を要求していた立場も、意的要素の存在を犯罪実現の認識の存在と行為とから認定してきたといえるが、意的要素を規範化する立場は、犯罪実現の認識と危険な行為の存在とから意的要素を認めるということ、意的要素の認定の次元にとどめず、意的要素の概念の次元で認めた点に特徴があるといえよう。すなわち、この立場においては、意的要素は犯罪実現の認識とは

別個独立の心理的事実として観念されるのではなく、犯罪実現の認識を伴う行為に内在するものとして観念されるのである。

たとえば、Schünemann は相関関係説に立ち、故意は、犯罪実現の認識と法益にとって危険な *Gesinnung* とから構成されるという。⁽²¹⁾ここでは、犯罪実現の認識は行為者の実際の心理状態であるが、法益にとって危険な *Gesinnung* は、認容のような特定の心理状態ではない。行為者の動機といった主観的事実のほか、たとえば以下のような客観的な事実にも現れる「行為者の意識的な行為に現れる行為格率」である⁽²²⁾とされる。⁽²³⁾すなわち、*Gesinnung* の存否の判定において、行為が行われた究極的な目的が無価値であったか否か、行為者自身が侵害を受ける危険に対して対策がなされているか否か（たとえば、行為者側も侵害を受ける危険がある通常の交通事故では、行為者が自殺志願者でない限り、事故を起こすことは行為者にとっても不利益であるから、自ら起こそうとするはずがない。したがって他者に死傷の結果を与えることについて故意は認められない）、被害者側が犯罪実現を回避しえた程度、当該危険が日常的なものであるか否か、侵害された法益保護のあり方（侵害犯規定だけではなく危険犯規定によっても保護されているか否か）等の客観的な事情が考慮される。⁽²⁴⁾このことは、危険な運転をして交通事故を起こし被害者に傷害を負わせた例と、HIV 感染者である行為者が情を知らない被害者と性交渉をした HIV 感染事例を用いて、以下のように説明される。まず、前者の場合、交通関与者は基本的に他者の危険な運転を予測しているものであるとともに、交通事故の危険は日常的なものであることが認められ、行為者の危険な運転による傷害の危険は交通関与者である被害者によってその実現を阻止される可能性がある。そのため、このような危険を伴う行為を行ってもその無価値性は低いと評価され、法益にとって危険な *Gesinnung* の発現は弱いものであり、行為者の犯罪実現の単なる可能性の認識を補完して故意を根拠づけるとはいえないとされる。これに対して HIV 感染事例では、HIV 感染に対して被害者に心づもりがあるとはいえない

いし、感染の危険は日常的に存在するものとはいえないから、それだけ無価値性が高い。ここでは、法益にとって危険な *Gesinnung* の発現も強いものであり、単なる可能性の認識を補完して、傷害の故意が根拠づけられる⁽²⁵⁾。

また、法益侵害への決意 (*Entscheidung*) を要求する Hassemer や、実現意思を要求する増田豊教授も、故意には犯罪実現の認識という知的要素だけでは足りず意的要素が不可欠であるとする。しかし、ここで要求される決意や実現意思も、犯罪実現の認識とは別個独立の心理的事実を指すわけではなく、犯罪実現の認識を伴う意識的な行為に内在するものであるといえる⁽²⁶⁾。すなわち、ここで要求される決意や実現意思は、行為者が、内心において犯罪実現を肯定的に評価しておらず、むしろ、犯罪実現を望ましいと思っていなかったり、拒否感を抱いていたとしても、犯罪実現の可能性が高いことを知りつつ行為した以上は認められるものである⁽²⁸⁾。

以上の見解において故意の存否によって決定的とされるのは、結局のところ、犯罪実現の認識とそれを伴う行為であり、意的要素は犯罪実現の認識と危険な行為とに解消されても不都合はないように思われる。しかし、そのような方向は選択されておらず、なお意的要素が要求され続けていることに疑問を感じるのである。

2 行為に内在する決意に対する非難

上述のように犯罪実現の認識を伴う意識的な行為に内在する意思が、なお知的要素とは独立に意的要素として要求されるのはなぜなのだろうか。Hassemer も Schünemann も、故意犯の重い責任を根拠づけるのは、行為者の法に対する侵害的な態度であるから、故意の要素としては犯罪実現の認識⁽³⁰⁾だけでは足りないという。Schünemann によれば、故意と過失の区別は、法益にとって危険な *Gesinnung* に烙印づけをすることと、重い刑罰を科すことによってそのような *Gesinnung* をタブー視することを究極的な目的として行われるとされる⁽³¹⁾。

けれども、行為者の規範に対する侵害的態度への非難を故意の重い処罰の根拠とすべきだということは、犯罪実現の認識とは別に決意を意的要素として要求する理由にはならない。⁽³²⁾ 認識説は、行為者が犯罪実現の可能性を認識しながら行為している以上当然認められる決意を、あえて故意の要素とする必要性はないとしているだけで、認識説も犯罪実現への決意に対する非難を前提としていることは従来から指摘されてきた。⁽³³⁾ 確かに、行為者が犯罪実現の可能性を認識しつつ犯罪行為に出た以上、犯罪実現へ向けられた決意が行為者の内心に事実上存在したことは、認識説からも認められることであろう。たとえば、上記福岡高判昭和45年5月16日(前出I)の被告人が、入院患者の死傷の結果が発生する可能性が高いと認識し、その一方で、そのような結果の発生は避けたいと思いつつもそのまま病院に放火したのであれば、被告人は死傷の結果発生の高い可能性を孕む放火行為へと決意しているのであるから、ひいては、入院患者の死傷の結果発生へと決意したと認められよう。さらに、認識説も規範的責任論を採る以上、犯罪実現の可能性を認識していたことのみをもって故意犯の重い処罰を根拠づけることはしない。認識説は、行為者は犯罪実現を認識したにもかかわらず、犯罪実現に至る行為をやめなかった、すなわち、犯罪実現に至る行為に出ることを「選択した」ことによって故意犯処罰を根拠づけるものと解するのが適切である。そして、その行為を「選択した」という行為者の態度には、行為に出ることを「決意した」という心理状態が当然伴うといえよう。認識説のいう故意犯に対する非難には、犯罪実現に至る行為に出ることを決意したことに対する非難が含まれていると考えるべきである。したがって、犯罪実現へと向けられた「決意」に対して強い非難を向けるべきだという主張は、認識説との差別化を根拠づけるものではない。

また、増田教授は、「構成要件実現の危険を認識し、行動に出たけれども、実現意思を有していなかった場合など考えられない」⁽³⁴⁾とされ、行為と密接不可分な関係にある実現意思を要求するのは当然であるとされる。しか

し、そうであるからこそ、結局は認識説と変わらないといえるであろう。認識説と規範化された実現意思説の違いは、故意として何を要求するかの違いではなく、故意とは何かを追求する際に「故意＝故意と過失との区別を可能にする心理状態」との理解を前提とするのか、「故意＝故意犯に事実上認められる心理状態（＝犯罪実現の認識＋決意）」⁽³⁵⁾との理解を前提とするのか、という視点の違いにすぎないように思われる。けれども、故意犯の心理状態に意思が事実上含まれることと、意思を故意の本質とするかは別の問題である。ある要素が故意の本質であるというならば、その要素によって故意と過失とが区別されなければならない。しかし、ここで実現意思説が要求する決意は、行為に内在するものであるとされるから、過失犯にも認められるものである。そのため、決意を犯罪実現の認識から切り離れた独立の要素として要求しても、決意という要件によって故意と過失を区別することはできない。行為に出ることへの決意を「犯罪実現への決意」たらしめるのは犯罪実現の認識であり、結局、故意が認められるか否かは、犯罪実現を認識していたか否かによるのである。したがって、故意の本質とは何か、故意を故意たらしめる要素は何かといえ、犯罪実現の認識ということになるのではないだろうか。

IV 意的要素の認定論上の意義

1 事実の総合考慮による故意の判定

意的要素を要求するメリットがあるとすれば、認識のみを故意の要素とするよりも要証事実が増え、故意を認定する際により多くの事実を考慮できる点が挙げられるかもしれない。この点に関しては、故意を規範化する見解の中で、意的要素を要求する Hassemer などⅢで挙げた論者と、知的要素のみを要求する Puppe との間に見られる見解の相違が参考になるように思われる。

⁽³⁶⁾故意の判定を、一定の心理状態の有無ではなく、行為者の行為態様や態度

に対する規範的評価にかからせる点では、意的要素を要求しないPuppeも、意的要素を要求するHassemer⁽³⁷⁾らも一致しているが、行為者の態度を評価する際にどのような事実を基底におくかで相違がみられる。⁽³⁷⁾簡単に説明すると、Puppeの見解とは、行為者が現実に犯罪実現の可能性をどの程度であると認識したかは考慮せずに、行為者が意識的に行った行為の客観的な危険性から、一般人であれば犯罪実現の蓋然性の認識を有したといえれば故意を肯定するものである。⁽³⁸⁾したがって、Puppeにおいては行為の客観的な危険性のみが故意の判定にとって重要な基準となるのである。これに対して、Hassemer⁽³⁹⁾らは、行為の危険性というただ一つの事実を基準として故意を判定することは不適切であるという。Hassemerによれば、法益侵害に向けた決意という意的要素があったと評価できるかについては、行為者によって行われた結果回避行為、行為者自ら被害を受ける可能性、行為者が未成年であることや障害を有していること、特定の動機を指し示す事実、過去に行為時と同様の状況にあったときの行為者の態度、行為者と被害者との感情的な近さなど、様々な客観的事実を見る必要があるとされており、意的要素を要求した方が、より多くの事実を考慮して故意を判定できると考えられているものと理解できる。

この相違はBGH NStZ 1988, 175をめぐって明らかにされている。まず、この事案の概要は、空手選手だった被告人が交際相手の子どもの世話をしていた際、子どもの泣き声に腹を立てて頭を何度も殴るという折檻を加えつつも、その後食事を与えて世話をしていたが、再び泣き出した子どもの左後頭部および左側頭部を手刀で殴りつけ、その後蘇生措置を施したものの失敗に終わり死亡させたというものである。連邦通常裁判所(以下「BGH」)は、被告人が子どもの死を是認していたかどうかを判断するには、被告人の人柄や行為時の具体的な特殊性を考慮すべきだとし、殺人の未必の故意を認めた地裁の判決は不十分であるとした。BGHは、被告人が過去に子どもに対して本件のような暴行を加えたことはなく被害者に対しても思いやりをもって

接していたこと、事件当日も甲斐甲斐しく世話をしていたこと、行為後に蘇生措置を講じたことが、子どもの死に対する是認の認定にとって重要であるとした。意的要素を要求する立場の Roxin も、行為者が子供を甲斐甲斐しく世話をしていたことや蘇生措置を講じたこと、行為者が優しく思いやりのある父親であり、しつけの手段として体罰を用いることは拒絶していたという人格の持ち主だったこと、行為者が子どもに対して殺人行為に出る理解可能な動機がないことなども考慮すべきであるとして、BGH の判断を支持している。⁽⁴¹⁾ Roxin によれば、これらの事実があることで、行為の危険性から推測される法益に対する無関心さが相対化され、故意犯の重い処罰には足りないといわれる。⁽⁴²⁾ これに対して、Puppe は、自由主義的で法治国家的な刑法のもとでは、むしろ、このように行為者の人格や態度、行為前後の事情などは考慮されるべきではないとし、⁽⁴³⁾ 行為者の行為が、一般人であれば子どもの死の蓋然性を認識できるほどに危険であったか否かということのみに着目すべきであるという。⁽⁴⁴⁾ Puppe は、自説からこの事例で殺人の故意を認めることになるかについて、はっきりとは述べていないが、子どもの頭部を成人男性が力をこめて手刀で殴打すれば、子どもが死ぬかもしれないと一般的に思われるであろうから、Puppe の見解からは故意が認められ、最終的な帰結においても Roxin とは異なると考えられる。⁽⁴⁵⁾

このように、故意を規範化する見解においては、意的要素を要求するか否かによって、故意の存否に関して考慮される事実の範囲が異なる。そして、故意の存否に関してどのような事実を考慮するかという問題は、故意を規範化せずに行行為者の現実の心理状態として捉える見解でも、故意の認定において問題となると考えられる。そこで、次は、ドイツおよびわが国の判例においていかなる事実が故意の判定に際して考慮されているかを検討する。

2 判例が故意の認定において考慮する事実

(1) ドイツの判例

BGHは犯罪実現の認識だけではなく是認(Billigung)を要求しつつも、是認の内容を明らかにするかわりに、故意を認めるための間接事実を列挙することに終始する点で、意的要素として決意の存在を徴表する事実を列挙するHassemerらの立場と同様であると指摘されている。⁽⁴⁶⁾ そうであるならば、わが国の認容説や判例が、実質的には行為の危険性と行為者の認識とを重視しながら、認容を要求する理由も、故意の認定方法にあるのかもしれない。そこで、まずは、BGHが意的要素の存在をどのように認定しているかを概観する。

BGHは、故意の知的要素としては、行為者が犯罪実現を「可能であり、全く遠いものではない」と認識していれば足りるとし、意的要素としては基本的に、「是認しつつ甘受する(billigenden In-Kauf-Nehmen)」という心理状態を要求している。⁽⁴⁸⁾ 未必の故意と認識ある過失の区別はもっぱら後者でなされる。行為者が、犯罪実現の可能性を認識したものの、実現しないことを真摯に信じた(あてにした)場合には、故意は認められず、認識ある過失が認められるに過ぎない。⁽⁴⁹⁾ ここでいう「是認」は、行為者が犯罪実現を望ましいなどと好意的に評価することまでは必要としない「法的意味における是認」とされている。「是認」は、なお犯罪実現の認識とは独立の要素とされているが、⁽⁵⁰⁾ Hassemerらが要求するところの行為に内在する「決意」と同じものであると理解されている。⁽⁵¹⁾ 判例を見ると、行為者が犯罪実現の可能性を認識したにもかかわらず行為をやめなかった、犯罪実現をなりゆきに任せたという事実があれば、行為者は犯罪実現を「是認しつつ甘受していた」と認められることも多く、⁽⁵²⁾ このような意的要素の要求はもはや形式的なものにすぎないと指摘される。⁽⁵³⁾

BGHは、とりわけ殺人の故意に関して、意的要素の存否については客観的主観的なあらゆる事実を総合的に考慮して、より慎重に判定すべきであるとする。というのも、殺人の場合には基本的に、人間の内心には、傷害の場合よりも高い「抑制をかける心理的障壁(Hemmschwelle)」(以下、「心理

的障壁」とする）が存在すると考えるからである。⁽⁵⁴⁾この「心理的障壁」とは、人間が通常内心に有するとされる殺人行為に対する禁忌であるとか、被害者の死の結果を是認することに対する躊躇であると理解される。⁽⁵⁵⁾そこでは、行為者が被害者の死の可能性を認識しつつ行為に出たことから直ちに、行為者が被害者の死を甘受していたと認定することは妥当でない⁽⁵⁶⁾とされ、故意を認めるためには、行為者が被害者の死を是認していなかったのではない⁽⁵⁷⁾かと思わせるような事実も考慮することが要求される。⁽⁵⁸⁾

たとえば、故意に関する代表的な判例の一つである HIV 感染事例 (BGHSt, 36, 1) は以下のように「心理的障壁」の存在を考慮して、殺人の故意を否定した。これは、HIV に感染した被告人が、医師から HIV の感染予防について詳細な説明を受けていたにも関わらず、被告人が HIV に感染していることを知らない相手と予防措置をとらないまま性交し、殺人未遂罪の成立が問題となった事例である。殺人未遂罪の成立は否定され、傷害罪のみ成立が認められた。BGH は、被告人が感染の危険を認識しつつも予防措置をとらずに性交し、パートナーが HIV に感染する危険を「遮蔽しない」かたちで創出し、被害者が HIV に感染するか否かをなりゆきにまかせたことから、感染については是認があったとし、傷害の故意を認めた。⁽⁵⁹⁾しかし、殺人の故意に関しては傷害の場合よりも高い「心理的障壁」の存在があるとして、殺人の未必の故意は認めなかった。被害者の死に対する是認の存在が否定されたのは、HIV は潜伏期間が事情によって様々で非常に長くなることが予想され、もしパートナーに感染させていてもエイズが発病するまでに、エイズの治療薬が発見されるであろうという希望を被告人が持っていたであろうという事実が考慮されたことによる。⁽⁶⁰⁾ここでは、「心理的障壁論」のもと、死の結果に対する是認の認定においては、傷害の結果に対する是認の認定とは異なり、危険を認識しつつ行為したことだけではなく、是認の存在を否定する事実も考慮されて、より慎重に殺人の故意が判断されたといえる。

（２）わが国の判例

わが国の判例が故意を認定する際、基本的に重視されるのは、行為態様等の客観的危険性と行為者の認識であると分析されるが、そのみに着目しているわけではなく、①本件以前に行われた類似行為によって結果が生じなかったこと、あるいは生じたこと、②行為前や行為時の事情、③了解可能な動機の有無、④被害者に対する救命措置を講じたことなどの行為後の行動、行為後の被告人の狼狽した態度や後悔の念を示す態度など様々な事実が考慮されている。⁽⁶¹⁾以下、①から④の事実について、具体的な判例を見ることにする。⁽⁶²⁾

①に関して、たとえば、広島地判平成16年4月7日(LEX/DB 28095514)が挙げられる。これは、被告人の実子である被害者に同棲相手が暴行を加えていた際に、暴行を止めることもせずその側にいて被害者を死なせたという事案である。殺人の共謀を否定する上で、被害者の死に対する認容がなかったことが認定された。そこでは、本件暴行以前の虐待行為において、被告人にも同棲相手にも、具体的に被害者の死を「認識し、かつ認容していたような状況までは認められ」なかったという事実が考慮された。そして、従前の虐待の延長線上で行われた本件暴行も同棲相手の意図は被害者に死の恐怖を味わわせることにあったのであるから、被告人としては、被害者が死亡する前に同棲相手が助けるものと考えていたとしても不合理ではないとされたのである。⁽⁶³⁾

②に関しては、たとえば、行為者が結果発生を防止しようとしていたことをうかがわせる事実が考慮されることがある。前出広島地判平成16年4月7日では、被告人らはスポーツバッグ内に入れられ密閉された被害者の側にいて終始被害者の様子を窺い、容易に助け出せるようにしていたことが殺人の故意を否定する事実として挙げられた。また、反日武装闘争を提唱する過激な都市ゲリラグループを結成した被告人らが爆弾闘争の一環として企業を爆破した連続企業爆破事件第一審判決(東京地判昭和54年11月12日刑事裁判月報11巻11号1383頁)では、弁護側が、被告人らが死傷の結果を確実に回避するため、爆弾を仕掛けたビルに予告電話をかけ警告していたという事実を殺

人の故意を否定するものとして挙げた。しかし、これに対して東京地裁は、予告電話から爆発まで5分間という短時間しかなかったこと、電話の内容も、爆発時刻や仕掛け場所、爆発物の形状等を明らかにしない不十分なものであったこと、電話が必ずしも相手に通じるとは限らないし、通じてもいたずら電話と受け取られ相手にされない可能性があったことなどを指摘して、爆弾の爆発によって死亡する可能性のある範囲内に存在する不特定多数人を死亡させることを被告人らが認容していたと認めることができるとした。

③の動機の有無について判断する際、被告人と被害者との関係が考慮されることがある。たとえば、高松高判昭和26年6月5日（高判特17号16頁）は、息子が父親を「日本刀で大上段から斬付けた」事案であるが、「子が親に殺意を抱くというようなことは、余程の例外であるから、それ相応の特別の理由がなければならない」と指摘し、殺意を認定した第一審判決を破棄した。近年の判例で同様の事案としては、横浜地判平成10年4月16日（判タ985号300頁）がある。これは、娘に対して出刃包丁を投げつけ頭に命中させて死亡させた事案である。行為態様が一般的にみて被害者の死の結果が発生する可能性はそれほど高くないものであることのほかに、娘である被害者を日ごろ大変可愛がっていたという事実から動機が薄弱であるということが、娘の死に対する認容が認められない理由として挙げられた。被害者と親密だった、トラブルがなかったといった関係があった場合には、殺人の故意を肯定する動機がないとして、故意が否定される場合が多い。⁽⁶⁵⁾これに対して、暴行の故意が問題となった事案であるが、故意が認められた判例として、広島高判平成24年7月3日（LEX/DB25482182）がある。これは、被告人が被害者である継子の腹部を踏みつけ死なせた事例である。弁護側は、行為者は被害者に対して、日ごろ愛情をもって接し、被害者を自分の養子にして育てるための生活設計をしていたのであるから、仕事上のストレスなどが暴行の動機となったと考えるのは不合理であると主張した。これに対して、広島高判は、そのような主張を踏まえて検討してみても、被告人が「いら立ちを高

じさせたあまり、突発的に」被害者の腹を踏みつけるなどの暴行行為に出たことは「了解できないなどとはいえない」として、暴行を加えることについての認識・認容を認めた。

動機は故意の認定において重要な要素ではあるが、故意を肯定するために了解可能な動機が常に必要であるとされているわけではない。たとえば、東京地判平成17年4月6日(判時1931号166頁)は、殺人の故意を認定するに足りる状況証拠があれば動機が不明であっても殺人の故意の認定は妨げられないとしている。動機は、特に故意を否定する方向で考慮されることが多いようである。⁽⁶⁶⁾

④に関しては、殺人の故意が問題となる場合には、特に救命措置を講じたことが挙げられる。前出広島地判平成16年4月7日では、スポーツバッグ内に密閉されるという暴行を受けた被害者の「いびき音が途絶えるや慌ててバッグ内から」被害者を「出し、同児を蘇生させるべく長時間にわたって真摯な救命措置を講じ」たことについて、被害者の「死を認容していた者の行動とはそぐわないものがある」とされている。救命措置を講じるという行為後の態度を考慮した判例は他にも見られるが、救命措置をとっていれば必ず殺人の故意が否定されるというわけではない。単に、行為後に我にかえたために行われたものであるとされ、故意があることと矛盾しないとされる場合もある。たとえば、介護職員である被告人が、利用者である被害者に対し、折檻として熱風を当て続け、熱傷等により死亡させた事案である名古屋高判平成18年9月28日(LEX/DB28145232:前掲注62)では、行為後に「被告人が被害者をベッドに寝かせ人工呼吸をしたこと、その後、遺書を残して自殺を図ったという行動」は、「それだけを見ると、被告人が被害者の死を認容していなかったと推認することは可能であるものの、上記の経緯で未必的な殺意により被害者を殺害してしまったが、我に返ったものとも考えられる」とされ、未必の故意を否定するものではないとされた。また、泥酔者を橋から6メートル下の水中に投げ落し死亡させた東京高判昭和60年5月28日

（東京高等裁判所（刑事）判決時報36巻4＝5号30頁）では、「被告人が犯行直後『大変なことをしてしまった』と思い、被害者の救護措置を講じようとした」という点が弁護人から指摘されたが、「自己の行為がいかに危険かつ重大であるかを改めて悟った結果の言動と解すべきものであって、そのことは被告人が未必の殺意を有していたと認定することと矛盾するとは考えられない」とされた。名古屋高判平成24年7月18日（LEX/DB 25483377）は、放火の故意が問題となったもので、被告人が焼身自殺をしようとして自宅寝室に放火した直後、「燃え上がる布団を外に運び出そうとしたり、火傷の痛みに耐えながら近隣に消防車を呼ぶように呼びかけたこと」などが弁護人から指摘されたが、名古屋高裁は「事態の重大さに気付いて危険回避を図ろうとしたものと理解できるから、何ら故意の存在と矛盾するものではな」とした。

上記の事実以外にも、たとえば前出連続企業爆破事件第一審判決では、死傷の結果に対する認容の存在を肯定する事実として、本件によって「多数の死傷者を出したのちにおいても、さらに他人を殺傷するおそれのある爆弾闘争を依然繰返し、重傷者を出している」という事件後の事情や、被害者となった会社員や一般市民などを敵とし、反日武装闘争を宿命とする被告人らの思想から、「被害者らの生命に対する著しい軽視ないし蔑視の念」があったことが挙げられている。

しかし、本稿Ⅰで述べたように、わが国の判例の多くは、「認識認容があった」などと述べることが多く、認容の有無を認識とは独立に説明しているものは少ないため上記の事実が主に認識と認容のどちらを根拠づけるものであるかを断言することは難しい。前出広島地判平成16年4月7日および連続企業爆破事件第一審判決は、犯罪実現の認識の有無とは独立に認容の有無について述べ、その中で上記の事実に触れているように見えるものの、一般的には上記の事実は認識の有無に関わるものと理解されているようである。⁽⁶⁷⁾たとえば、殺人の未必の故意が否定され、傷害罪の限度で故意が認められた静

岡地判平成15年7月2日(LEX/DB 28085726)は、被害者の死という結果発生[・]の蓋然性が客観的に見て「真に高かった」とは認められないことのほかに、被告人は逃走もせず警察官の到着を待っており、殺人の未必の故意をもった者の行動に見られるような興奮や緊張、警察への通報の躊躇が行為者にそれほど感じられなかったこと、被害者を殺害しようとするには動機が薄弱であることから、被害者の死という結果発生[・]の認識は認められないと認定している。

もちろん、殺人以外の故意が問題となる場合も、犯罪実現の認識を認定する際、様々な事実が考慮される。たとえば、詐欺罪の事例である神戸地判平成25年7月12日(LEX/DB25445947)では、虚偽である旨を共犯者から告げられていなかった被告人に、被害者に持ち掛ける話の虚偽性の認識があったと認められるかということに関して、被告人が共犯者から聞かされ信用した事実のほかに、その話を被害者に持ち掛けることに対して特に抵抗を示さなかったという行為前の被告人の態度、被害者と対面した際の服装や話し方が考慮された。また、盗品等有償譲受罪が問題となった東京高判昭和56年7月14日(判時1043号140頁)では、被告人のもとに持ちこまれた物品が盗品であるとの被告人の認識の有無を判定する際、当該物を受け取った後の被告人の保管の仕方という行為後の態度が考慮された。⁽⁶⁸⁾

3 検 討

以上のように、BGH判例もわが国の判例も、様々な事実を総合的に考慮して故意を認定している。しかし、BGH判例やわが国の判例と異なり、故意に知的要素しか要求しないとしても、それらの事実を十分に考慮して故意を認定することができるように思われる。意的要素を要求しないPuppeに対して、行為の危険性というただ一つの基準で故意の存否を判定するのは不当であるとの批判が向けられていることは既に述べたが、それはPuppeが知的要素を規範化するからである。Puppeとは異なり、従来の認識説のよ

うに、知的要素を行為者の実際の心理状態として捉えるならば、行為者が実際に何を認識したかを判定するために、行為者の行為前後の態度など、行為者の心理状態を示す事実を考慮しなければならないであろう。たとえば、行為者が被害者に対して死の危険性の高い行為を行った後に救急車を呼んだり救命措置をとったりした場合、行為者としては被害者を死なせる可能性はないと思って行為に出たが、予想外にも被害者を死なせそうになったからこそ救命行為を行った可能性があるかもしれない。そして、上記判例で考慮されていた、普段はしつけのために体罰を用いることを拒否するような良い父親であったという行為者の人格や日ごろの思想なども、認識の有無に関わる限りで必要とあれば考慮することが考えられる。すなわち、「普段から良き父親で子どもを大事にしていたのだから、子どもが死ぬことを分かっている手刀で殴ることはしなかっただろう、まさか子どもが死ぬとは思わなかったのではないか」と考えられれば、殺人結果の認識を否定することになるであろう。

また、BGH が殺人の故意の判定において重視する「心理的障壁」も、認容の存否に関わるものとされているが、認識の存否に関わるものとも考えることもできる。殺人行為に出るには高い障壁を乗り越えなければならないのであれば、人はそう簡単に殺害行為へと踏み切ることはできないと考えることになる。そうすると、行為者が行為に出たのは、障壁に直面しそこねたから、つまり、死の結果が発生する可能性を認識していなかったからということも想定しうるであろう。このように考えるならば、犯罪実現の認識の有無は行為の危険性からただちに認定することはできず、本件における様々な事実を考慮して慎重に判断すべきであるということになる。⁽⁶⁹⁾

このように考えると、故意を行為者の実際の心理状態として捉える以上、故意の要素を、知的要素のみで足りるとする見解も、意的要素も要求する見解も、客観的主観的な事実を総合考慮して故意を認定できることに変わりはない。故意の認定に関しても、意的要素を要求する格別の理由を見出すこと

ができるとは思われない。

ところで、多くの事実を総合考慮して検討することは、個々の事例における行為者の心理状態を具体的に認定する方法として適切である反面、どの事実が決定的であるかが不明確になりやすい。具体的にどのような事実を考慮すべきかは事例ごとに異なるから、考慮する事実として何をピックアップするかが予想できず、恣意的になりやすいと指摘されよう。⁽⁷⁰⁾ 上述のように認識説に立っても、認識を行為者の実際の心理状態とする以上、この問題を免れることはできない。

しかし、犯罪実現の認識としての故意を認定するのと、意的情緒的な心理状態としての故意を認定するのでは、後者の方がより認定しづらく、その認定の仕方が曖昧で不明確になる恐れが大きいように思われる。犯罪実現の認識は、客観的事実の行為者の内心への反映であり、認識の対象である客観的事実が認識の有無を判定する資料として裁判官に与えられている。また、ある事実からある認識を形成することについては、一定の社会的コンセンサスがあるといえるから、第三者である裁判官が行為者の立場を追体験して、認識の有無を判定することができる。ここでは、行為の客観的危険性や行為時に存在した客観的事実が重視され、行為前後の行為者の態度などの事情は補充的に考慮されることになるであろう。

これに対して、意的情緒的な心理状態は客観的事実如何に拘束されることなく行為者の内心において自由に形成される。意的情緒的な心理状態は、人それぞれ、あるいは、そのときどきで異なる可能性があり、第三者である裁判官が行為者の立場を追体験して判定することは難しい。そのため、どのような客観的事情が認容を形成することになったかは一概にいえず、確実な判定資料にはならない。たとえば、挙動不審な者から大量に宝石を買い受けた古物商が、「宝石が盗品であるかもしれない」との認識を持ったうえで、さらに「盗品でも構わない」と思ったか、「盗品だったら困る」と思ったかは、「挙動不審な者から大量に宝石を買い受けた」という客観的事実やその

認識との間に法則的なつながりを持っていない。行為者の意的情緒的な心理状態を推論しようとしてもその結論には複数の選択肢が同等に存在する。そのため、意的情緒的な心理状態は、認定がより困難であるといえよう。

そして、意的情緒的な心理状態を要求するならば、故意が恣意的に認定される恐れが大きくなる。認定の基準が不明確になるため、裁判所の説明次第で、重く処罰したいときには故意を認め、軽く処罰したいときは故意を認めないということが容易になると思われるからである。意的要素を判断するためであるとして、行為態様の危険性や犯罪実現の可能性の認識よりも行為者の感情との関連が強いと思われる行為者の従前の人格や行為前後の態度などの事実が不当に過大評価されるかもしれない。また、HIV 感染事例（BGHSt, 36, 1）のように、通常は考慮するに値しないような、被害者の死の結果が発生しないことに対する根拠のない曖昧な期待であっても、それがあふ限りは意的要素が欠けるとして故意を認めないこともありうる。実際に、HIV 感染事例は、HIV 感染の危険がある行為を処罰したいが過失犯処罰では不十分であり、その一方で殺人罪の刑では重すぎるから、傷害罪のみを成立させたかったがために、意的要素を要求して刑事政策的に妥当な結論を導くことが真の目的だったと見られている。⁽⁷¹⁾ 当時の医学では HIV に感染すればいずれ発症して死亡するものだったのだから、傷害の故意を認めるのであれば、当然に殺人の故意も認めるのが一貫しているはずであった。⁽⁷²⁾ しかし、BGH は、被告人は感染によって被害者が死亡することを是認しつつ甘受していたわけではないとして殺人の故意を否定し、その一方で被害者を HIV に感染させることについては是認していたと認めて傷害の故意のみを認めたのである。

したがって、故意の要素は知的要素で十分であるとするには、それによって、意的要素を要求するよりも、考慮すべき事実の比重や位置づけが明らかになり、実行行為に直接関係しない行為前後の態度や行為者の感情などが不当に重視されて結論が恣意的に操作される危険を回避するメリットがあるといえよう。

V 犯罪実現の認識としての故意の定義方法

1 ディスポジションとしての故意

以上の検討により、故意には知的要素を要求すれば十分であるとしても、その定義の仕方については、それを行為者のある特定の心理状態として定義するのか、Hassemer のように心理状態の存在を徴表する客観的事実の集合体として定義するの⁽⁷³⁾かという問題がある。以下で述べるように、「決意」が実際の心理状態として定義されるものでないと同様、犯罪実現の認識も現実の心理状態として定義されず、その存在を徴表する客観的事実の集合として定義すべきだという理解もありうるからである。

Hassemer は、故意と過失を区別する心理状態を言葉で表現しようとしても、心理状態が直接的に観察することによって描写されることが不可能なものである以上、結局は人の心理状態をさまざまに言い換え、堂々巡りをして⁽⁷⁴⁾いるだけにすぎず、その内容を明らかにすることはできないと指摘する。故意概念を明らかにするためには、行為者の心理状態をあれこれ表現するのではなく、いかなる場合に故意が認められるかを明らかにすべきだ⁽⁷⁵⁾というのである。

故意を心理状態として捉えるべきではないとするのは、故意は直接的に観察することができないものであり、故意があることを示す指標やデータによってのみ把握されうるディスポジション (Disposition) であると理解されるからである。ディスポジションとは、「ある対象が一定の状況ないしは条件のもとで一定の仕方で反応する傾向であり……〈直接的には観察し得ない潜在的な性質〉である⁽⁷⁶⁾」と説明される。たとえば、行為者が2メートル離れた場所から被害者の頭部に銃口を向けて銃の引鉄を引くという場合に、この客観的状況には行為者の内心は表れていない。心理状態としての故意の存在を直接的に観察して把握することはできないのである。しかしながら、「2メートルという近距離から頭部に向けて銃を発射した場合には、行為者に殺

意があるだろう」と通常考えられるように、客観的な事実から、間接的には故意を把握することができる。「認容」や「認識」もまた、行為者の内心にのみ存在するものであって、直接には観察しえないディスポジションであるから、故意を心理状態として定義しようとする以上、それを正確に把握することは困難であるとされるのである。

そして、故意の存在を徴表する指標すなわち客観的事実に着目することによって、直接には観察しえないディスポジションである故意を間接的に把握することができる。しかし、このように故意の存在を徴表する客観的事実に着目することは、故意の定義ではなく故意の認定に関することと捉えるのが一般的であろう。これに対して、Hassemer は、故意概念は指標を通してのみ使用可能な概念であるから、故意概念と指標とは不可分であり、故意の指標は単なる間接事実ではなく概念そのものだ⁽⁷⁸⁾という。そこで、Hassemer が主張する指標説においては、故意概念の定義が、従来の「犯罪実現を甘受する」「認容する」などという表現から、故意の存在を徴表する指標に置き換え⁽⁷⁹⁾られることになる。

上述したように、Hassemer によれば、故意は「決意」であるから、指標も「決意」を徴表すべきものとされている。⁽⁸⁰⁾「決意」は、犯罪実現についての表象を前提とし、犯罪実現についての表象は犯罪実現の客観的危険性に関連するから、故意の主観的帰責を判定するためには、犯罪実現の客観的危険性、その危険についての行為者の表象、犯罪実現への決意の3段階が要求されるという。そこで、故意を認めるためには、その3段階それぞれの存在の指標となる事実が要求される。⁽⁸¹⁾つまり指標説においては、犯罪実現の認識も、「行為者が犯罪実現の可能性が高いと知っていること」などと定義づけられるのではなく、その存在を徴表する事実によって定義づけられるのである。

犯罪実現の認識の存在を徴表する指標としては、たとえば、客体との空間的な近さなど犯罪実現の可視性、知覚能力（薬物や情動による能力低下、

個人的にあるいは職業上獲得された能力の向上)、状況の複雑さと判断可能性、知覚が得られるのにかかる時間が挙げられている。⁽⁸²⁾

2 指標の列挙による故意概念の代替における問題点

指標を列挙することは、一見、どのような事実の存在をもって故意の存在を推定すべきかが明らかにされるように思われるが、必ずしも故意の判定が明確になるというわけではない。どのような指標が揃っていれば故意を認めるかについては、Philipps が確率論とファジーロジックから解明している。⁽⁸³⁾ Philipps は、コンピューターによる計算方法を用いて指標による故意判定の仕方を説明する。⁽⁸⁴⁾ しかし、指標の差引勘定によって結論がどうなるかは裁判官が予め自分で判断できるものではなく、判定の基礎となる基準を定めることはできないから、故意の存在を徴表する新たな指標が発見された場合や、従来は指標として扱われていた事実がもはや不要になった場合、指標から導いた結論が法感情にとってふさわしくない場合には、裁判官は、法感情にふさわしい結論が導けるように基準を変更できるとする。⁽⁸⁵⁾

指標の評価方法を示しても、結局は法感情に合致するか否かで故意を判定するのは、行為者が故意犯の重い処罰に値するか否かについての直観的な評価をしているにすぎず、評価が精確になるわけではないと Puppe は指摘する。⁽⁸⁶⁾ 指標説は、故意を特定の心理状態として定義しないため、指標がどの程度の犯罪実現の可能性の認識やどのような心理状態を徴表するものであるべきかが不明なのである。そのため、故意の存否に関連する膨大な事実をダイレクトに法感情に照らし合わせて評価しなければならず、裁判官はかえって直観に頼ることになってしまうだろう。その結果、重い処罰に値するか否かという大枠の評価しかしないということになれば、それは、故意をより具体的に把握しようとする指標説にとって本末転倒ではないだろうか。Puppe が指摘するように、指標を列挙するという作業は、故意とは何かが定まっていることを前提にして、はじめて価値を有するものといえよう。⁽⁸⁷⁾ さらに、重

い処罰に値するか否かという基準では、故意と過失との間に量的差しか認められないことになって、故意非難の意義が不明確になる。確かに、故意と過失との違いの一つに、重い処罰に値するか軽い処罰に値するかという点があることは当然に認められる。けれども、それは故意犯の方が刑法上強い非難が与えられ、それと比較して過失犯には弱い非難が与えられる理由が説明されてはじめて認められるものであって、その逆ではないはずである。⁽⁸⁸⁾故意とは何か、なぜ強い非難を根拠づけるのかが定まっていなければ、処罰の軽重を決める基準は不明確なままであり、直観の域を出ない。故意の存在を徴表するものとしてどのような事実を要求するかを追究する前に、そもそも故意としてどのような心理状態が要求されるかが定まっていなければならないように思われる。

3 現実の心理状態としての故意定義の必要性

確かに、認識も人の心理状態である以上、直接的に観察できないものであるから、正確に把握することは困難であるし、フィクションであるという側面も否めないかもしれない。しかし、ある特定の心理状態を、われわれはその内心において直接的に経験していると考えすることは経験上なじみ深いものであるとし、刑法上もそのように解することが望ましいように思われる。⁽⁸⁹⁾故意が行為者の主観面に存するものであり、故意があることによって重い責任を問われることになるのであれば、故意とされる心理状態を行為者が実感を伴って理解できるように、故意を定義すべきではないだろうか。行為者が、なぜ自分は重く処罰されるのかを実感することが必要だと思われるからである。指標説のように、裁判官の目から見て故意が認められるだけの事実が列挙されていても、行為者には「なぜ重く処罰されるのか」が十分に伝わらないであろう。行為者が犯罪実現について「あれほどのことを認識していたのだから、故意犯として処罰されても仕方がない」と納得することができなければ、故意犯処罰の非難の側面も特別予防的側面も十分に機能しないであろ

⁽⁹⁰⁾

う。非難される謂れがあると思っていない行為者を非難しても、行為者からすれば、それは自己の行為に対する非難としては受け取れないであろうし、自己の行った行為について自覚がない者は、改善しようにもどうしたらよいか分からないのではないと思われる。故意をある一定の心理状態として定義することは、第一に、対行為者の関係で必要である。

さらに、対国民一般（刑法の名宛人）の関係でも同様のことがいえる。もし、故意を一定の心理状態として定義することを放棄したならば、刑法が行為規範的側面を捨てることにはならないだろうか。というのも、現実の行為時に行為をやめるきっかけは、行為に出ようとする者の内心にしか存在しないからである。そのきっかけがあったにもかかわらず行為に出た者が故意犯として処罰され、責任を負うのである。たとえば、行為者が他人の家に放火しようとしていたとき、ある部屋に電気が点いていることに気づいた。このとき、殺人行為としての放火行為（行えば殺人罪として処罰される行為）を行為者がやめるためには、「火をつければ家の中にいる人が死ぬ」ということを行為者が認識していなければならない。このような心理状態にあってはじめて、行為者は「人を殺すな」という規範に直面できる。そうであるならば、どのような心理状態にあるときに行為すれば故意犯として重く処罰されるのかが示され、それが名宛人にも理解されるのでなければ、法が発した「人を殺すな」というメッセージが規範として機能しないと思われる。刑法は、単に行為者に刑を科すための判断基準を裁判官に対して提示することのみを目的として、国民に対して一方的に作用するわけではない。刑法は、行為規範を示し、国民がそれに従うことを前提に、その規範が破られれば刑罰を科すという双方向的なものであろう。そうである以上、故意犯として処罰されるのはどのような事実を認識していた場合かを国民に対して示すことには大きな意味が認められると思われる。故意の知的要素である犯罪実現の認識を現実の心理状態として定義することを放棄すべきではない。

VI 結 語

以上検討したとおり、意的要素を要求する必要性はなく、犯罪実現の認識という現実の心理状態を故意とすべきだと思われる。もっとも、故意として要求されるべき、行為者の現実の心理状態としての犯罪実現の可能性の認識は、行為者自身が犯罪実現の可能性について判断して得られる認識であるから、行為者の意図や願望によって歪められることも考えられる。そのため、故意としては知的要素で足りるとしつつも、認識に化体した限りで、行為者の実際の意的情緒の心理状態が事実上考慮に入り込むかもしれない。たとえば、古物商のXは、「後で売主をゆすりたいたから、何としても盗品を買い受けたい」という意図が強すぎるあまり、一般的には、持ち込まれた品物が盗品である可能性が高いとは判断されないような事実しかないし、そのような事実を知覚していたにもかかわらず、持ち込まれた品物は「きっと盗品であるに違いない」と判断するかもしれない。反対に、「盗品であっては困る」という思いが強ければ、一般的には盗品であることが疑われる事情が揃っており、それらの事実を知覚していたにもかかわらず、「盗品ではないだろう」と判断するかもしれない。そして、行為者が現実⁽⁹¹⁾に有した認識を基準に故意の存否を判定する以上、前者では盗品等有償譲受罪の故意が認められ、後者では認められないことになるだろう。しかし、このことが、故意は犯罪実現の認識という心理状態で足りるとすることと矛盾するわけではない。むしろ、認容説と認識説とは実質的に変わらないという本稿の主張と合致するものであり、わざわざ知的要素とは別に意的要素を故意の要素とする必要はないとの主張を強化するものといえる。

知的要素とは別に意的要素を要求する意義が失われているにもかかわらず、「認容」や「是認」という言葉のもとで、故意の認定において様々な事実が考慮されたり、故意が様々な定義されてきたりした原因の一つには、故意として要求される認識の定義が不十分であったことが挙げられるのではな

いだろうか。定義が十分でなかったために、犯罪実現の認識を認定する際にどのような事実が考慮されるべきかも十分に自覚されず、本来は知的要素に関連して考慮されるべき事実が意的要素へと追いやられ、意的要素を要求することで解決される問題があるかのように見えていたのである。犯罪実現の認識を要求するだけでは故意が認められる範囲が広くなりすぎるといわれるのも、故意の要素である犯罪実現の認識とはいかなるものかを検討することによって解決しうる問題だと思われる。

なお、故意としてどのような認識を要求するかについては、さらに、程度の問題として、単なる可能性の認識で足りるのか、一定程度高い可能性の認識を要求するかを考えなければならない。また、意味の認識としてどのような問題があるのか、違法性の意識との関係をどう考えるのかという問題もある。これらは後日の課題としつつ、今後、故意の要素としての認識の定義を一層精緻化することを試みたい。

- (1) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009年）12頁も、判例について、「客観的な行為の危険性が高く、それを認識していなかったといえるような特段の事情もなく当該行為に及んだと認められるのであれば」殺意が認められていると指摘している。
- (2) わが国の判例が認識説を採るのか、認容説を採るのかについて、判例が用いる「あえて」という文言を根拠に、判例は認容を要求するものだと主張されてきた（たとえば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）296頁注11）。しかし、これに対しては、「あえて」という文言によって認容があるとの評価を裁判所が示していると解釈しなければならないわけではなく、認識説や動機説の立場から「あえて」との文言は、犯罪実現の可能性を認識しながら行為したことに對する裁判官の評価を示す文言に過ぎないとの指摘が有力になされている（玄守道「故意に関する一考察（六・完）—未必の故意と認識ある過失の区別をめぐる—」立命館法学313号（2007年）82頁以下、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂、2009年）180頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）244頁など。また、平野龍一『刑法 総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）186頁は、「結果の発

生を認識しながら、『あえてでなく』行為に出るということはいえな」と指摘する)。確かに、「あえて」という文言が、ただちに、判例が認容説に立つものであるということを表しているとは考えにくい。判例の中には、「認容した上、あえて…」というかたちで、「あえて」という文言を用いているものもあり（最判昭和53年7月28日（刑集32巻5号1068頁：いわゆるびょう打銃事件）、東京高判平成1年7月31日（東京高等裁判所（刑事）判決時報40巻5-8号29頁）、東京高判昭和60年5月28日（東京高等裁判所（刑事）判決時報36巻4=5号30頁）など）、「あえて」という文言の中に認容の存在が当然含まれると考えられているわけではないと思われる。

- (3) たとえば、玄・前掲注(2) 82頁以下は、「認容」は「行為者が結果発生の高度な危険を認識しつつ行為したという事態全体に対する裁判官の側の評価である」として、行為者の現実の心理状態としては捉えていない。
- (4) 最近の判例としては、たとえば、自己の行為から人の死の結果が発生する危険を認識していた被告人について殺人の「認識・認容があったと認めるのが相当である」として未必的殺意を認めた大阪高判平成23年5月24日（LEX/DB 25472706）や、認容については特に論じることなく行為態様から被告人が「被害者が死亡するかもしれないことを認識、認容」していたことを認め未必の殺意を認めた福岡高判平成17年4月12日（高刑速（平17）号329頁）、寄託先の業者によって硫酸ピッチ入りドラム缶の不法投棄がなされることについての認容がなかったという被告人側の主張に対して、不法投棄のおそれを強く認識していたと認められることを理由に未必の故意を否定しなかった札幌高判平成19年1月18日（刑集61巻8号802頁）など。
- (5) 東京高判平成11年11月1日（東京高等裁判所（刑事）判決時報50巻1=12号126頁）。
- (6) 最近の判例では、東京地判平成22年7月7日（判時2111号38頁）、仙台高判平成18年3月30日（LEX/DB 28115224）。
- (7) 本件の評釈として平川宗信「50未必の故意（1）」『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣、1978年）112頁。
- (8) 犯罪実現に対する認容がなかったという主張に対して、客観的な行為態様と行為者の認識の存在を理由に認容を認めた判例として、たとえば以下のものが挙げられる。殺人の未必の故意について争われた東京高決平成6年4月11日（刑集48巻4号42頁）は少年の中等少年院送致決定に対して少年側が抗告した事件で、少年側が、「心理的にも時間的にも空間的にも追い詰められて余裕がなかったのであるか

ら、ナイフでもって被害者の身体の枢要部を攻撃することについて認識は可能であったが、認容するか否かの選択の自由は失われていた」と主張したのに対し、少年は確かに追い詰められた状況にあったものの、被害者の生命に対する重大な危険を認容する余地がなかったとはいえず、少年の被害者に対する刺突行為の態様（ナイフの形状、機能、被害者の創傷の部位、程度等を含む）から、「少年は、瞬時のうちにも、自らの刺突行為により被害者の生命に重大な危険をもたらすかもしれないことを認識しながら、これを認容していたことを十分推認することができ、少年には被害者に対する未必の殺意があったことは明らかであるというべきである」と判示した。もし、認容を認識とは別の心理状態として裁判所が扱っているとすれば、犯罪実現の認識の存在を徴表する行為態様以外に、争点となっている認容の存在を徴表する事実を示すのではないだろうか。また、仙台高判平成17年11月22日（判タ1237号336頁）では、被告人側が「被告人には、『死ぬかもしれない』との認識はあったとしても、『死んでも構わない』との認容はなかった」と主張したのに対して、被告人が自己の行為から被害者らが死亡するかもしれないことを認識していたと認められることを示して、認容については特段論じることなく未必的な殺人の故意を認めている。

(9) 玄・前掲注(2) 87頁。

(10) このような指摘を受けて、蓋然性説の中には、「蓋然性の認識」を単なる可能性の認識と変わらないくらいまで緩めるものがある。その見解によれば、「蓋然性の認識」を故意に要求しつつも、「可能性としてはかなり低いものも故意を基礎付ける『蓋然性』に入れ」、可能性が著しく低いとは思っておらず「ある程度の確率と思って」いれば、故意を認めうるという（大谷實＝前田雅英『エキサイティング刑法総論』（1999年）135-6頁〔前田発言〕）。しかし、それでは蓋然性説の趣旨が損なわれ、単なる可能性の認識で足りるとする認識説と変わらなくなる（佐伯・前掲注(2) 242頁）。

(11) 松宮・前掲注(2) 179頁など。

(12) 鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2011年）96頁。

(13) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）121頁以下。

(14) Fritjof Haft, Die Lehre vom bedingten Vorsatz, unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs, ZStW 1976, S.385ff; 佐伯・前掲注(2) 248頁以下。佐伯仁志教授は相関関係説によって従来の学説から故意が認められる場合について説明されたうえで、「故意の範囲を、認識的要素と意思的要素を相関

的に考慮して決めることは、不可能ではない」として、相関関係説を支持されている（251-2頁）。また、前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会、2011年）224頁に記述された、故意を認める範囲を示した図によれば、行為者が認識した結果発生確率が低くても強い願望があれば故意が認められ、反対に、行為者が認識した結果発生確率が高ければ結果発生に向けられた意図が強くなくても故意が認められており、相関関係によって故意の存否を決するものと思われる。故意を実現意思とする井田良教授も、「実現意思の有無は、意思の強さと認識された事実実現の確実度のバランスにより判断される」とし、行為者が犯罪実現の可能性を低いものとししか認識していなくとも、犯罪実現を「意図的に追求」していれば故意を認めるものとされており、相関関係説に含めることができるかもしれない（井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）77-8頁）。ただし、井田教授は、回避措置がとられたことや行為者の認識したリスクが利益実現のために許容できるかという客観的な事実も考慮しており、意的要素を純粹に主観的な行為者の心理状態として要求しているかは疑問である。この点では、後述する Schünemann の見解と類似しているかもしれない。

(15) Haft, a.a.O (Anm. 14), S.386ff; 佐伯・前掲注（2）249頁。

(16) Haft, a.a.O (Anm. 14), S.388f.

(17) Haft, a.a.O (Anm. 14), S.390. ただし、Haft は、知的要素として「極めて高い蓋然性の認識」がある場合、意的要素が「無関心」や「望ましくないという感情」でしか発現していないことが、故意の未必性を根拠づけるとしており、確定的故意と未必の故意の区別においても意的要素の発現の強弱に意味を認めているといえる（Haft, a.a.O (Anm. 14), S.388.）。

(18) Haft, a.a.O (Anm. 14), S.388.

(19) 佐伯教授も、「あくまで行為に現れた限度で行為者の人格的態度が問題とされているのであって、人格的態度そのものが責任非難の対象となっているわけではない」とされている（佐伯・前掲注（2）251頁注40）。

(20) これに対して、佐伯・前掲注（2）250頁。

(21) Schünemann は、知的要素を「確実性の認識」「蓋然性の認識」「単なる可能性の認識」に、意的要素を「望ましい」「無関心」「望ましくない」のそれぞれ3段階に分け、どちらか一方の要素が少なくとも中程度の等級であれば故意を認めるとし、「単なる可能性の認識」しかない場合でも「無関心」という、Haft の見解よりも低い、Schünemann の見解では中程度に位置づけられる等級の意的要素によっ

て補完されるから故意が認められるとする (Bernd Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, S.364)。

(22) Bernd Schünemann, Vom philologischen typologischen Vorsatzbegriff, Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, S.371f.

(23) Schünemann, a.a.O (Anm. 22), S.372.

(24) Schünemann, a.a.O (Anm. 22), S.374.

(25) 交通事故の例も HIV 感染事例もともに, Schünemann, a.a.O (Anm. 22), S.374.

このように Schünemann は、意的要素を純心理的に観念されるものではなく客観的な事実によっても表されるものとしているが、Schünemann 自身は、故意を事実の集合体として定義する Hassemer らの指標説を批判し、故意において問題となるのは現実に行行為者が有した意識の内容であるとしている (Schünemann, a.a.O (Anm. 22), S.376)。しかし、Schünemann が結局は Hassemer らと同じく意的要素を規範化する立場に立っていることは、Roxin が指摘するとおりである (Claus Roxin, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, S.248)。

(26) Winfried Hassemer, Kennzeichnen des Vorsatzes, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 296f, 300.

(27) 増田豊『刑事手続きにおける事実認定の推論構造と真実発見』(勁草書房、2004年) 97頁。

(28) Hans-Joachim Rudolphi/ Stein, in; Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8.Aufl. 2012, 16 Rn.4も、故意を「決意」としつつ、行為者が犯罪実現を認識しつつ行為を遂行したことに決意の存在を認める。

(29) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), 297f; 増田・前掲注 (27) 94頁以下。したがって、ここで要求される実現意思は、行為者が意図していない付随結果についても認められるとされる。たとえば、家の中にいる人を焼死させることを知りながら保険金詐取目的で放火した場合に、まさに人の死の結果を発生させようという意図はなかったが、家を燃やすという主たる目的を達成するためには必ず人の死を伴うと行為者が認識していた場合、人の死という付随結果に対しても、実現意思は及んでいるものとされる (増田・前掲注 (27) 99頁)。

(30) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.297, 306; Schünemann, a.a.O (Anm. 22), S.372.

(31) Schünemann, a.a.O (Anm. 22), S.372.

- (32) 前原宏一「故意概念における意的要素—ドイツにおける議論の現状—」行動科学研究所51号（1991年）172頁。
- (33) 平野・前掲注（2）185頁、堀内捷三「行為意思と故意の関係について—実行の着手時期への一つの視座」警察研究55巻8号（1984年）11頁、前原・前掲注（32）167頁以下。
- (34) 増田・前掲注（27）95頁。
- (35) 前原・前掲注（32）171頁は、故意概念論として焦点を当てるべきは「概念としての故意であり、故意として承認された心理的事実ないしは状況それ自体」ではないと指摘する。
- (36) Hassemer や Puppe など故意を規範化する見解は、行為態様等の客観的事実から故意の存在を認めることを、認定論ではなく、故意概念の問題として扱っているため、本稿では、規範化説の主張について論じる際には故意の「認定」ではなく「判定」と表現することにした。
- (37) Ingeborg Puppe, Begriffskonzeptionen des dolus eventualis, GA 2006, S.75.
- (38) Ingeborg Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991) S. 14f, 21.
- (39) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.305. Schünemann, a.a.O (Anm. 22), S.370; Roxin, a.a.O (Anm. 25), S.246も同旨。
- (40) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S. 307.
- (41) Roxin, a.a.O (Anm. 25), S.246, 249.
- (42) Roxin, a.a.O (Anm. 25), S.249.
- (43) Puppe, a.a.O (Anm. 37), S.78.
- (44) Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, 2.Aufl., 2011, § 9 Rn.25.
- (45) Roxin も、Puppe の見解においては故意を認めることになるものと理解したうえで批判を向けている（Roxin, a.a.O (Anm. 25), S.246.）。
- (46) Hassemer a.a.O (Anm. 26), S.306; Ingeborg Puppe, in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2013, § 15 Rn.54.
- (47) BGH NStZ 1981, 22 (23). 近年の判例では BGH NStZ 2006, 98 (99); 2011, 338 (339) などが挙げられる。
- (48) BGHSt 36, 1, (9).

(49) BGHSt 7, 363 (368f); 36, 1, (10).

(50) BGHSt 7, 363 (369).

(51) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.298. たとえば, BGH NStZ 2000, 583 (584) は、「行為者が構成要件該当結果の発生を可能であると思ひながら、それでもなお行為を続けた場合、それが極めて危険な行為であるときには、行為者が結果発生を是認したと推測するのは当然である」とし、被害者の死を被告人が望ましくないと思っていたとしても、それは殺人の未必の故意の認定を妨げないとした。ここでは、実際の行為者の心理状態ではなく、認識しつつ危険な行為を行ったことに表れた行為者の態度が重視されて、犯罪実現に対する是認の存在が認められたものと理解できる。

(52) たとえば, BGH NStZ 2007, 700 (701) が挙げられるとともに、後出注 (57) に挙げた判例も旨旨として扱いうるであろう。殺人罪以外では、BGHSt 35, 21. この点に関する BGH 判例について詳しくは Puppe, a. a. O (Anm. 46), § 15 Rn.88 参照。

(53) Puppe, a.a.O (Anm. 46), § 15, Rn.88.

(54) Vgl. BGHSt 36, 1 (15) 近年でも NStZ 2011, 338 (339) など多くの判例が「心理的障壁」に言及しており、特に NStZ 2012, 384ff は詳細に説明している。「抑制をかける心理的障壁論」について菅沼真也子「殺人の未必の故意の認定における『阻止関の理論』について」比較法雑誌45巻3号(2011年)311頁。

(55) Ulrich Schroth, Der bedingte Tötungsvorsatz im Spiegel der Rechtsprechung, in: Festschrift für Gunter Widmaier, 2008, S.789.

(56) Puppe, a.a.O (Anm. 44), § 9 Rn.31.

(57) もっとも、近年では、BGH も基本的に客観的な行為態様と行為者の認識から是認の存在を推定するという傾向に戻りつつあると指摘されている (Torsten Verrel, (Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie ?, NStZ 2004, S.310; Ruth Rissing-van Saan, Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie des Bundesgerichtshofs, Festschrift für Klaus Geppert, 2011, S.514. NStZ 2002, 541 (542); 2006, 98 (99); 2007, 150 (151); 639 (640); 2011, 210 (211) 2014, 35; NJW 2012 1524 (1526).)。また、BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 35, 51 など、明らかに高い行為の危険性の故意の徴表としての価値が、「心理的障壁」のもとで否定されるべきではないと指摘する判例も見られる。

(58) BGH NStZ 2001, 475 (476).

(59) BGHSt 36, 1 (11ff).

- (60) BGHSt 36, 1 (15f).
- (61) 大野市太郎「殺意」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—（上）』（判例タイムズ社、1992年）16頁。
- (62) 名古屋高判平成18年9月28日（LEX/DB28145232）。
- (63) 故意の認定においてどのような事実が考慮されるかについて、大野・前掲注（61）2頁以下、司法研修・前掲注（1）72頁以下。判例では、東京高判昭和48年7月19日（東京高等裁判所（刑事）判決時報24巻7号199頁）など参照。
- (64) ①に関しては、他に、仙台高裁平成17年11月22日判タ1237号336頁など。
- (65) 司法研修・前掲注（1）74頁。
- (66) 大野・前掲注（61）16頁。
- (67) 司法研修・前掲注（1）17頁。
- (68) 盗品性の認識の認定について、梅崎進哉「主観的構成要件要素の存在と認識—『知情』認定を素材として—」九大法学59号（1989年）193頁以下、中西武夫「賊物犯における知情」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—（上）』（判例タイムズ社、1992年）41頁以下参照。
- (69) 拙稿「〔外国文献紹介〕ルト・リッシング・ファン・ザーン「未必的な殺人の故意と連邦通常裁判所の『抑制をかける心理的障壁論』」早稲田法学88巻2号（2013年）338頁。実際に、StV 1997, 7では「心理的障壁」のもとで行為者の認識が論じられている。
- (70) Puppe, a.a.O (Anm. 46), § 15 Rn.97.
- (71) Rissing-van Saan a.a.O (Anm. 57), S.510.
- (72) Rissing-van Saan, a.a.O (Anm. 57), S.510. Puppe, a.a.O (Anm. 44), § 9 Rn.18も同旨。
- (73) 指標説や相関関係説との関連で故意概念について検討したものとして、関根徹「故意の概念と故意の証明」高岡法学20巻1＝2合併号（2009年）106頁以下。
- (74) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.301ff. Hassemerの見解について、増田・前掲注（27）83頁以下、および、前原宏一「故意の立証困難—その方法論的考察」明治大学大学院紀要 第28集（1991年）368頁以下。
- (75) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.304; Klaus Volk, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, 50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S.742ff.
- (76) 増田・前掲注（27）79頁。たとえば、「耐火性」という性質はディスポジション

である。「耐火性」という性質それ自体は目に見ることができず、物に火をつけ、その物が燃えていないという客観的に観察可能な事実を通してしか「耐火性」があるを知ることはできない。(Vgl. Puppe, a.a.O (Anm. 37), S.67; Hempel/ Oppenheim, Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik, 1936, S.81.)。このような物的なディスポジションと故意に関する心的ディスポジションとを同様に扱うことができるかについては増田・前掲注(27) 79頁以下で詳細に論じられている。

(77) Volk, a.a.O (Anm. 75), S.743.

(78) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.304. Volk, a.a.O (Anm. 75), S.746f は、指標に関する議論が、故意の定義に関するものなのか事実認定に関するものなのかは自明ではないし、事実認定に関する上訴は扱えず実定法の解釈に関する問題しか扱えないとされる上訴裁判所も、証拠評価が適切に行われたか否かを検討するのであるから、実定法上の定義の問題と証拠の問題のいずれに関するかは重要でないという。

(79) 指標としての故意概念は、指標がそれ自体として直接的に観察可能であること、故意の存在を肯定する指標と否定する指標のすべてを含んでいること、指標が故意にとって重要であることの3つの条件を備えている必要があるとされる(Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.307)。

(80) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.306.

(81) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.307.

(82) Hassemer, a.a.O (Anm. 26), S.307f. 犯罪実現の客観的危険性の指標としては(殺人罪の故意や傷害罪の故意が念頭に置かれていると思われるが)、爆発物の爆発力と被害者との距離、侵害行為が続けられた時間の長さ、攻撃対象とされた箇所、犯罪実現を回避する逃げ道の存在が挙げられており、決意の指標として挙げられる事実についてはIVで述べたとおりである。

(83) Lothar Philipps, An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen –, Festschrift für Claus Roxin, 2001, S.372ff.

(84) Philipps, a.a.O (Anm. 83), S.375f.

(85) Philipps, a.a.O (Anm. 83), S.377f.

(86) Vgl. Puppe, a.a.O (Anm. 37), S.69.

(87) Puppe, a.a.O (Anm. 37), S.69.

(88) 前原・前掲注(32) 164頁参照。

(89) Vgl. Schünemann, a.a.O (Anm. 22), S.376.

- (90) 安倍治夫「殺意の立証の合理化について」『刑事訴訟法における均衡と調和』（一粒社、1963年）75頁は、「激情における殺意の場合には、殺害行為の瞬間において、行為の結果に関する反省のないし自覚的表象（たとえ未必的にせよ）を欠くことが多い。しかし、行為者の主観的態度を総合的に観察した場合に、そこにあらわれた無我夢中の殺害行動が殺人者の全人格の必然的な発現と見られるならば、死の結果の自覚的表象の有無に関わらず、なお殺意ありとすることは妨げないであろう」とする。しかし、これが、犯罪実現の認識があったと行為者自身が実感できない場合にも故意犯として処罰するとの趣旨であれば妥当でないであろう。
- (91) ただし、私見は、故意の知的要素として、犯罪実現の可能性についての行為者の最終的な認識のみを捉えるのではなく、行為者が犯罪実現の可能性を判断する際に基礎とした行為事情の知覚から最終的な認識形成までが合理的なプロセスを経ていると認められて初めて、故意が認められると考える（拙稿「認識形成プロセスとしての故意」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）523頁以下）。したがって、前者の場合には、盗品であるとの判断は不合理になされたものであるから、盗品であると判断したXに対して盗品等有償譲受罪の故意を認めない。そして、後者の場合のXについても故意を認めない。なぜなら、「盗品であっては困る」という強い思いに判断が歪められたとはいえ、最終的に、盗品を買い受けることになる可能性の認識がない以上は故意を認めることができないと考えるからである。私見においても、犯罪が実現しては困るとの行為者の意的情緒的な心理状態が、犯罪実現の可能性の認識が欠けることに現れるかぎり、考慮されることになる。